

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

1^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 9 Σεπτεμβρίου 2022 με την εξής σύνθεση: Αθηνά Μπουζιούρη, Πρόεδρος, Μαρία Βύρρα, Εισηγήτρια (σε αναπλήρωση της Ειρήνης Αψοκάρδου δυνάμει της υπ' αριθμ. 61/2022 Πράξης αναπλήρωσης της Προέδρου της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ) και Ελευθερία Καλαμιώτη, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 04.8.2022 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 1101/04.8.2022 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «... - ...» (εφεξής η «προσφεύγουσα»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του «... .. (...)», όπως νόμιμα εκπροσωπείται (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»).

Με την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή της, η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της με ΑΔΑΜ ... 2022-07-14 Διακήρυξης (εφεξής η «προσβαλλόμενη» ή «προσβαλλόμενη Διακήρυξη») και των ειδικότερα προσβαλλόμενων όρων της, στο πλαίσιο δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την «ΠΑΡΟΧΗ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΥΠΟΣΤΗΡΙΞΗΣ ΚΑΘΗΜΕΡΙΝΗΣ ΛΕΙΤΟΥΡΓΙΑΣ ΤΟΥ ΥΠΟΓΕΙΟΥ ΣΤΑΘΜΟΥ ΑΥΤΟΚΙΝΗΤΩΝ ΤΗΣ», με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, συνολικού προϋπολογισμού 178.560 ευρώ συμπεριλαμβανομένου του δικαιώματος προαίρεσης και του ΦΠΑ.

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε την Εισηγήτρια,

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 720 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την

Αριθμός Απόφασης: 1416/2022

από 3/08/2022 πληρωμή στην τράπεζα EUROBANK και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «δεσμευμένο»). Το ποσό του παραβόλου υπολογίζεται με βάση την προϋπολογισθείσα δαπάνη της σύμβασης άνευ δικαιωμάτων προαίρεσης και ΦΠΑ, ήτοι 96.000 ευρώ. Επειδή, ενώ η έννοια της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης του άρθρου 6 του Ν. 4412/2016 περιλαμβάνει και το δικαίωμα προαίρεσης ή παράτασης υπέρ της αναθέτουσας αρχής προκειμένου να υπολογισθεί εάν η εν λόγω σύμβαση εμπίπτει ή όχι στα κατώτατα όρια εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ σύμφωνα με το άρθ. 5 του Ν. 4412/2016 (βλ. και ΔΕφΑθ 262/2014, 512/2014), ωστόσο, ως έχει παγίως κριθεί, για τον υπολογισμό του οφειλόμενου παραβόλου λαμβάνεται υπόψη η προϋπολογισθείσα δαπάνη σύμβασης, στην ανάθεση της οποίας αποβλέπει πράγματι η διαγωνιστική διαδικασία, και όχι η δαπάνη της ενδεχόμενης παράτασης της σύμβασης, η οποία επαφίεται στη διακριτική ευχέρεια του αναθέτοντος φορέα, υπό τη μορφή δικαιώματος προαιρέσεως, και, ως εκ τούτου, είναι αβέβαιο εάν και για ποιο χρονικό διάστημα (εντός του ανωτάτου προβλεπομένου από τη διακήρυξη χρονικού ορίου) θα ασκηθεί το δικαίωμα αυτό (ΣΤΕ ΑΣΦ 10/2017, 187/2017, 319, 182/2019, ΔΕφΘεσ/νίκης Ν58/2019, ΔΕφΑθ 16/2020 επί της απόφασης 1296/2019 του 8ου Κλιμακίου ΑΕΠΠ). Ως εκ τούτου, το νόμιμο παράβολο της υπό εξέταση προσφυγής αντιστοιχεί στο ποσό των 600 ευρώ υπολογιζόμενο σε ποσοστό 0,5% της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης άνευ ΦΠΑ και δικαιώματος προαίρεσης, ήτοι του ποσού των 96.000 ευρώ. Συνεπώς, το ανωτέρω παράβολο, κατά το υπερβάλλον μέρος του (120 ευρώ), πρέπει να επιστραφεί στην προσφεύγουσα, ανεξάρτητα με την έκβαση της προσφυγής.

2. Επειδή με την με ΑΔΑΜ ... 2022-07-14 Διακήρυξη της αναθέτουσας προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την «ΠΑΡΟΧΗ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΥΠΟΣΤΗΡΙΞΗΣ ΚΑΘΗΜΕΡΙΝΗΣ ΛΕΙΤΟΥΡΓΙΑΣ ΤΟΥ ΥΠΟΓΕΙΟΥ ΣΤΑΘΜΟΥ ΑΥΤΟΚΙΝΗΤΩΝ ΤΗΣ», με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, ήτοι με κριτήριο μειοδοσίας για το σύνολο των κατά προϋπολογισμό παρεχόμενων υπηρεσιών. Η συνολική προϋπολογισθείσα αξία της σύμβασης διάρκειας 12 μηνών ανέρχεται σε 96.000 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24%.

Αριθμός Απόφασης: 1416/2022

Προβλέπεται, δε, και δικαίωμα προαίρεσης διάρκειας 6 μηνών προϋπολογισθείσας αξίας 48.000 ευρώ άνευ ΦΠΑ 24%. Σύμφωνα με τον όρο 1.3.1 της Διακήρυξης αντικείμενο της σύμβασης αποτελεί η παροχή υπηρεσιών υποστήριξης καθημερινής λειτουργίας του υπόγειου σταθμού αυτοκινήτων της κατά τις ημέρες και ώρες, που καθαρίζονται αναλυτικά στο Παράρτημα Ι, Μέρος Α της Διακήρυξης. Περαιτέρω, σύμφωνα με τον ως άνω όρο 1.3.1, οι παρεχόμενες υπηρεσίες κατατάσσονται στον κωδικό του Κοινού Λεξιλογίου δημοσίων συμβάσεων CPV: ...-... («Υπηρεσίες χώρων στάθμευσης οχημάτων»). Ως καταληκτική, δε, ημερομηνία υποβολής των προσφορών ορίσθηκε η 5η Αυγούστου 2022 και ώρα 13:00. Σημειωτέον πως με την υπ' αριθ. Α603/2022 απόφαση προσωρινών μέτρων της ΕΑΔΗΣΥ ανεστάλη η διαγωνιστική διαδικασία μέχρι την έκδοση απόφασης της Αρχής επί της προδικαστικής προσφυγής.

3. Επειδή το πλήρες κείμενο της Διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.Δ.Η.Σ.) στις 14.07.2022 με ΑΔΑΜ ..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο προκείμενος διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό

4. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 04.08.2022, λαμβανομένου υπόψη του γεγονότος ότι η Διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 14.07.2022, οπότε η κατά τεκμήριο γνώση αυτής έλαβε χώρα κατ' άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ' Ν. 4412/2016, μετά την πάροδο 15 ημερών από την άνω ανάρτηση (ήτοι στις 29.07.2022) και η προσφυγή ασκήθηκε εντός της προβλεπόμενης δεκαήμερης προθεσμίας από την επομένη της κατά τεκμήριο γνώσης της Διακήρυξης και των όρων της, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του ΠΔ 39/2017 και είναι νομίμως υπογεγραμμένη και γ) κοινοποιήθηκε στην ΕΑΔΗΣΥ από την προσφεύγουσα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου σύμφωνα με τις διατάξεις του Βιβλίου ΙV του Ν. 4412/2016 και του ΠΔ 39/2017.

5. Επειδή, όσον αφορά τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά όρων διακήρυξης, η προσφεύγουσα πρέπει να επικαλεσθεί άμεση βλάβη από τον όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει κατ' αυτήν τους κανόνες που αφορούν τις

Αριθμός Απόφασης: 1416/2022

προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη (λυσίτελή) συμμετοχή της στον διαγωνισμό (βλ. ενδεικτικά ΕΑ ΣΤΕ 86/2018, 12-15/2018 Ολομ., 146-148/2016 Ολομ., ΕΑ 415/2014, Δημήτριος Γ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β΄ έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 756). Σε κάθε περίπτωση, βάσει της λεκτικής διατύπωσης του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016, το έννομο συμφέρον δύναται να θεμελιωθεί και επί τη βάσει της ενδεχόμενης βλάβης, εφόσον, παρέχεται επαρκής τεκμηρίωση των λόγων που αποδεικνύουν με ενάργεια τον επικείμενο κίνδυνο, χωρίς να απαιτείται για την υποβολή προσφυγής κατά όρων διακήρυξης, να συνιστά ο προσφεύγων συμμετέχοντα στο διαγωνισμό (βλ. απόφαση ΔΕΕ της 11ης-1-2005, C-26/03, StadtHalle, σκέψη 40).

6. Επειδή, η προσφεύγουσα, θεμελιώνει κατ' αρχήν, έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής ως ενδεχόμενα βλαπτόμενη, δεδομένου ότι στρέφεται κατά όρων της διακήρυξης οι οποίοι, κατά τους ισχυρισμούς της, προσκρούουν στο εθνικό και το ενωσιακό δίκαιο και καθιστούν αδύνατη ή δυσχεραίνουν ουσιωδώς τη συμμετοχή της στον διαγωνισμό στον οποίο επιθυμεί να συμμετάσχει. Ειδικότερα, δηλώνει ότι, αν και η επιχειρηματική της δραστηριότητα ταυτίζεται με το αντικείμενο της σύμβασης, ωστόσο, οι πλησσομένοι με την προσφυγή της όροι της Διακήρυξης καθιστούν αδύνατη και σε κάθε περίπτωση ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή της στην προκείμενη διαγωνιστική διαδικασία. Για τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος και της βλάβης της για την προσβολή όρων της Διακήρυξης αρκεί καταρχήν η επίκληση ότι ενδιαφέρεται να συμμετέχει στον διαγωνισμό, με βάση το γεγονός ότι δραστηριοποιείται επαγγελματικά στο αντικείμενο της δημοπρατούμενης σύμβασης (βλ. και ΑΕΠΠ 7ΜΕΛΟΥΣ 3/2018, σκ. 10). Δεν απαιτείται αντίθετα η επίκληση, πολλώ δε μάλλον η απόδειξη, πλήρωσης αναλυτικά όλων των κριτηρίων και προϋποθέσεων της διακήρυξης, απαίτηση η οποία συνδέεται με επόμενο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας και η απόδειξη της οποίας κατά το στάδιο προσβολής των όρων της διακήρυξης θα συνεπαγόταν ανυπέρβλητα εμπόδια στην επιδιωκόμενη προδικαστική προστασία. Ακολούθως, κατά την εξέταση ενός εκάστου των προβαλλομένων λόγων προσφυγής εξετάζεται ειδικά το έννομο συμφέρον για έκαστο εξ αυτών.

Αριθμός Απόφασης: 1416/2022

7. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του (υπηρεσίες), της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης χωρίς ΦΠΑ, καθώς επίσης και της νομικής φύσης και της δραστηριότητας της αναθέτουσας αρχής υπάγεται στις διατάξεις του Ν. 4412/2016 και δη του Βιβλίου Ι αυτού. Συνακόλουθα, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016, η δε Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

8. Επειδή με την υπ' αριθ. 1748/2022 Πράξη Προέδρου 1ου Κλιμακίου ορίσθηκε Εισηγήτρια και ημερομηνία εξέτασης της προσφυγής και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής ως και επί του αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων, ενώ με την υπ' αριθ. 1564/2022 Πράξη Προέδρου 1ου Κλιμακίου ορίσθηκε αναπληρούσα Εισηγήτρια η αναφερόμενη στην αρχή της παρούσας.

9. Επειδή η αναθέτουσα αρχή προέβη την 09.08.2022 στην προβλεπόμενη, από το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017, κοινοποίηση της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής στους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς, μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού.

10. Επειδή η αναθέτουσα αρχή υπέβαλε τις απόψεις της επί της προδικαστικής προσφυγής στις 19/8/2022 με το με αριθμ. πρωτ. .../19.08.2022 έγγραφο, αιτούμενη παράλληλα την απόρριψή της προδικαστικής προσφυγής, και τις κοινοποίησε στους οικονομικούς φορείς διά της «Επικοινωνίας» του διαγωνισμού στις 22/8/2022. Επί των άνω απόψεων της Αναθέτουσας Αρχής και προς αντίκρουση αυτών, η προσφεύγουσα υπέβαλε νόμιμα και εμπρόθεσμα στις 29.8.2022 –κατά παρέκταση δεδομένου ότι η τελευταία μέρα της πενθήμερης προθεσμίας ήταν η 27^η.08.2022, ημέρα Σάββατο και άρα εξαιρετέα-, σύμφωνα με το άρθρο 365 παρ. 1 εδ. τελευταίο Ν. 4412/2016, το με ίδια ημερομηνία συμπληρωματικό της Υπόμνημα.

11. Επειδή, οι αναθέτουσες αρχές διαθέτουν ευρεία διακριτική ευχέρεια κατά τον καθορισμό των κριτηρίων ανάθεσης και απαιτούμενων επιπέδων οικονομικής-χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικής-επαγγελματικής ικανότητας, ώστε να διασφαλίζεται η άρτια εκτέλεση της σύμβασης και δι' αυτής η επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού δημοσίου συμφέροντος, τηρώντας παράλληλα τις αρχές της ισότητας και της αναλογικότητας. Ειδικότερα, σύμφωνα με την κατ' άρθρο 18 Ν. 4412/2016 εφαρμοστέα στις

Αριθμός Απόφασης: 1416/2022

διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων αρχή της αναλογικότητας, οι οριζόμενες από τη Διακήρυξη ελάχιστες απαιτήσεις συμμετοχής, οι οποίες, από την φύση τους, μειώνουν τον αριθμό των δυνάμενων να υποβάλουν προσφορά, πρέπει να είναι συγχρόνως αναγκαίες και πρόσφορες για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού. Επιπροσθέτως, οι εν λόγω απαιτήσεις πρέπει να είναι συναφείς με το αντικείμενο της σύμβασης και να μην περιορίζουν την ελευθερία του ανταγωνισμού υπέρμετρα ή τεχνητά, με σκοπό την αδικαιολόγητα ευμενή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων (βλ. ΕΑΣΤΕ 117/2021, 335/2019, 203/2018, πρβλ. ΔΕΕ, Απόφαση της 22.10.2015, Υπόθεση C-425/14, Impresa Edilux Srl, σκέψη 29, ΔΕΕ, Απόφαση της 16.12.2008, Υπόθεση C-213/07, Μηχανική Α.Ε, σκέψη 49, ΔΕΕ, Απόφαση της 23.12.2009, Υπόθεση C-376/08, Serrantoni και Consorzio stabile edili, σκέψη 33, ΔΕΕ, Απόφαση της 19.05.2009, Υπόθεση C-538/07, Assitur, σκέψεις 21 και 23, ΔΕΕ, Απόφαση της 14.12.2004, Υπόθεση C-210/03, Swedish Match, σκέψη 47, ΔΕΕ Απόφαση της 11.07.2002, Υπόθεση C-210/00, Käserei Champignon Hofmeister, σκέψη 59 κλπ). Και ναι μεν όπως έχει κριθεί, η Διακήρυξη, ως κανονιστική πράξη, δεν απαιτείται να φέρει αιτιολογία (ΣΤΕ 434/2021, 1463/2015), αλλά η κατ' ενάσκηση διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας αρχής επιλογή των κατά τα άνω ελάχιστων απαιτήσεων συμμετοχής είναι αιτιολογητέα, προκειμένου να καθίσταται εφικτός ο έλεγχος της νόμιμης άσκησης της διακριτικής ευχέρειας και της τήρησης των άκρων ορίων αυτής (πρβλ ΟΛΣΤΕ 721/1969), εν προκειμένω δε και της τήρησης της αρχής της αναλογικότητας από την αναθέτουσα αρχή. Στην περίπτωση δε αμφισβήτησης των κανονιστικών όρων Διακήρυξης ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ, ενόψει του ότι η κανονιστικού χαρακτήρα Διακήρυξη δεν φέρει υποχρεωτικά αιτιολογία, η επιλογή των πληττόμενων απαιτήσεων μπορεί να παρατίθεται με τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής (πρβλ. ΔΕφΠειρ 44/2018).

12. Επειδή στο άρθρο 75 του Ν.4412/2016 προβλέπεται ότι: «1. Τα κριτήρια επιλογής μπορεί να αφορούν: α) την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, β) την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν στους οικονομικούς φορείς ως απαιτήσεις συμμετοχής μόνο τα κριτήρια που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 3 και 4.

Αριθμός Απόφασης: 1416/2022

Οι αναθέτουσες αρχές περιορίζουν τις όποιες απαιτήσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες ώστε να διασφαλίζεται ότι ο υποψήφιος ή ο προσφέρων διαθέτει τις εκ του νόμου απαιτούμενες προϋποθέσεις, τις χρηματοοικονομικές δυνατότητες, καθώς και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης [...] 4. Όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να εξασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους και την εμπειρία για να εκτελέσουν τη σύμβαση σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας. [...] Στο πλαίσιο διαδικασιών σύναψης σύμβασης προμηθειών για τις οποίες απαιτούνται εργασίες τοποθέτησης ή εγκατάστασης, παροχή υπηρεσιών ή εκτέλεση έργων, η επαγγελματική ικανότητα των οικονομικών φορέων να παράσχουν αυτή την υπηρεσία ή να εκτελέσουν την εγκατάσταση ή τα έργα μπορεί να αξιολογείται βάσει της τεχνογνωσίας τους, της αποτελεσματικότητας, της εμπειρίας και της αξιοπιστίας τους [...].»

13. Επειδή, σύμφωνα με τη γραμματική διατύπωση των διατάξεων του άρθρου 75 του ν. 4412/2016, συνάγεται ότι, οι αναθέτουσες αρχές, πριν την ανάθεση δημόσιας σύμβασης, δύνανται να ελέγχουν την «ικανότητα» των οικονομικών φορέων για την εκτέλεση της σύμβασης, εισάγοντας στη διακήρυξη τα περιοριστικώς αναφερομένα στην εν λόγω διάταξη κριτήρια επιλογής αυτών, ήτοι σε σχέση με: α) την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, β) την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα

14. Επειδή περαιτέρω, κατά τη διαδικασία προσδιορισμού των κριτηρίων επιλογής των υποψηφίων πρέπει να τηρούνται οι βασικές αρχές που απορρέουν από το ενωσιακό δίκαιο, ιδίως της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και της αποφυγής κάθε είδους άμεσων ή έμμεσων διακρίσεων. Ο καθορισμός των ικανοτήτων αυτών αποβλέπει στο να διαπιστώσει η αναθέτουσα αρχή, εάν ο εκάστοτε συμμετέχων στη διαγωνιστική διαδικασία, οικονομικός φορέας, διαθέτει κατά τεκμήριο την ικανότητα να ανταποκριθεί στην εκτέλεση της σύμβασης και συνίσταται στο να θεσπιστούν εύλογες προϋποθέσεις συμμετοχής αυτών. Υπό αυτήν την έννοια, η έκταση των πληροφοριών που αναφέρονται στις πιο πάνω διατάξεις, καθώς και το

Αριθμός Απόφασης: 1416/2022

ελάχιστο επίπεδο ικανοτήτων που απαιτείται για τη συγκεκριμένη σύμβαση, πρέπει να τελούν σε σύνδεση και αναλογία προς το αντικείμενο της. Εν προκειμένω, **για να διαπιστωθεί εάν τα κριτήρια περί τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων, είναι ανάλογα προς το αντικείμενο της σύμβασης**, θα πρέπει να γίνεται κατά περίπτωση αξιολόγηση **με γνώμονα την έκταση, τις απαιτήσεις της προς ανάθεση σύμβασης, καθώς και τον προϋπολογισμό της** (πρβλ. κατευθυντήρια Οδηγία 13- απόφαση 303/2015 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων), χωρίς να περιορίζεται αδικαιολόγητα ο ανταγωνισμός και ειδικά η πρόσβαση των Μικρομεσαίων Επιχειρήσεων στις Δημόσιες Συμβάσεις. Εξάλλου, όπως περιγράφεται και στον «Ευρωπαϊκό Κώδικα βέλτιστων πρακτικών που διευκολύνει την πρόσβαση των ΜΜΕ στις δημόσιες συμβάσεις» και ειδικότερα στο πεδίο 4.1 αυτού με τίτλο «Διατήρηση της αναλογικότητας των κριτηρίων επιλογής» διευκρινίζεται ότι «...Όλα τα κριτήρια επιλογής πρέπει να είναι σαφή και αναλογικά προς τη συγκεκριμένη σύμβαση και να μην εισάγουν διακρίσεις. Στην περίπτωση των τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων, η αναθέτουσα αρχή πρέπει να προτιμά κριτήρια επιλογής που της επιτρέπουν να καθορίσει μάλλον κατά πόσον ένας προσφέρων έχει την απαιτούμενη ικανότητα για τη συγκεκριμένη σύμβαση παρά τις γενικές ικανότητες των προσφερόντων. Ωστόσο, πρέπει να ληφθεί μέριμνα ώστε κάτι τέτοιο να μην περιορίζει αδικαιολόγητα το πεδίο των επιλέξιμων υποψηφίων. Επιπλέον, τα κριτήρια επιλογής δεν πρέπει να είναι διατυπωμένα κατά τρόπο που να περιορίζουν το πεδίο του ανταγωνισμού λαμβάνοντας υπόψη θέματα ήσσονος σημασίας. Για παράδειγμα, η απαίτηση ότι θα ληφθεί υπόψη μόνον η πείρα που έχει αποκτηθεί σε συναλλαγές με τον δημόσιο τομέα είναι, αφεαυτής, άνευ σημασίας και περιορίζει τον ανταγωνισμό.....».

15. Επειδή, η προσφεύγουσα με το πρώτο σκέλος του πρώτου λόγου της προσφυγής της βάλλει κατά των όρων 2.2.4 και 2.2.9.2.B.2 της Διακήρυξης επικαλούμενη πως από τους ανωτέρω όρους της διακήρυξης προκύπτει ως κριτήριο επαγγελματικής δραστηριότητας το να διαθέτουν οι οικονομικοί φορείς άδεια λειτουργίας Ιδιωτικής Επιχείρησης Παροχής Υπηρεσιών Ασφαλείας εκδοθείσα από την Ελληνική Αστυνομία (ΕΛ.ΑΣ), σύμφωνα με το Ν. 2518/97 (ΦΕΚ Α' 164/21.8.97) «*Προϋποθέσεις λειτουργίας ιδιωτικών επιχειρήσεων παροχής υπηρεσιών ασφαλείας. Προσόντα και*

Αριθμός Απόφασης: 1416/2022

υποχρεώσεις του προσωπικού αυτών και άλλες διατάξεις», όπως έχει τροποποιηθεί και ισχύει, το οποίο όμως δεν έχει καμία απολύτως σχέση με το αντικείμενο της σύμβασης, που είναι οι υπηρεσίες χώρων στάθμευσης οχημάτων.

16. Επειδή, στη Διακήρυξη ορίζεται αφενός στο **άρθρο 2.2.4** «Καταλληλότητα άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας» πως «Οι οικονομικοί φορείς που συμμετέχουν στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης απαιτείται να ασκούν δραστηριότητα συναφή με το αντικείμενο της σύμβασης. Ειδικότερα, επί ποινή αποκλεισμού, οι οικονομικοί φορείς **πρέπει να διαθέτουν άδειας λειτουργίας Ιδιωτικής Επιχείρησης Παροχής Υπηρεσιών Ασφαλείας εκδοθείσα από την Ελληνική Αστυνομία (ΕΛ.ΑΣ), σύμφωνα με το Ν. 2518/97 (ΦΕΚ Α' 164/21.8.97) «Προϋποθέσεις λειτουργίας ιδιωτικών επιχειρήσεων παροχής υπηρεσιών ασφαλείας. Προσόντα και υποχρεώσεις του προσωπικού αυτών και άλλες διατάξεις», όπως έχει τροποποιηθεί και ισχύει. [...]**», και αφετέρου στο **άρθρο 2.2.9.2.B.2.** περί αποδεικτικών μέσων πως: «**B.2. Για την απόδειξη της απαίτησης του άρθρου 2.2.4. (απόδειξη καταλληλότητας για την άσκηση επαγγελματικής δραστηριότητας) προσκομίζουν πιστοποιητικό/βεβαίωση του οικείου επαγγελματικού ή εμπορικού μητρώου του κράτους εγκατάστασης καθώς και άδειας λειτουργίας Ιδιωτικής Επιχείρησης Παροχής Υπηρεσιών Ασφαλείας εκδοθείσα από την Ελληνική Αστυνομία (ΕΛ.ΑΣ), σύμφωνα με το Ν. 2518/97 (ΦΕΚ Α' 164/21.8.97) «Προϋποθέσεις λειτουργίας ιδιωτικών επιχειρήσεων παροχής υπηρεσιών ασφαλείας. Προσόντα και υποχρεώσεις του προσωπικού αυτών και άλλες διατάξεις», όπως έχει τροποποιηθεί και ισχύει. [...]**».

17. Επειδή επί των πληττόμενων όρων 2.2.4 και 2.2.9.2.B.2 της Διακήρυξης η αναθέτουσα με τις απόψεις της επάγεται πως το επίμαχο σημείο περί άδειας λειτουργίας Ιδιωτικής Επιχείρησης Παροχής Υπηρεσιών Ασφαλείας εκδοθείσα από την Ελληνική Αστυνομία (ΕΛ.ΑΣ), σύμφωνα με το Ν. 2518/97 (ΦΕΚ Α' 164/21.8.97) στα ως άνω άρθρα είχε τεθεί εκ παραδρομής και αποτελούσε «κατάλοιπο» άλλης, προηγούμενης διακήρυξης. Αυτό το λάθος όμως διορθώθηκε με την υπ' αρ. πρωτ. 6289/04.08.2022 διευκρινιστική επιστολή της ίδιας (της αναθέτουσας), η οποία δημοσιεύθηκε αυθημερόν στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ και δόθηκε

Αριθμός Απόφασης: 1416/2022

και παράταση επτά (7) ημερών αναφορικά με την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών. Επομένως, όπως ισχυρίζεται η αναθέτουσα, η προσφεύγουσα δεν διατηρεί έννομο συμφέρον και παρέλκει η εξέταση των λόγων της προσφυγής σχετικά με τα ως άνω άρθρα.

18. Επειδή αναφορικά με το πρώτο σκέλος του πρώτου λόγου της προσφυγής της κατά των όρων 2.2.4 και 2.2.9.2.B.2 της Διακήρυξης λεκτέα είναι τα εξής: Από τα στοιχεία του φακέλου προκύπτει ότι στο υπ' αρ. πρωτ. 6289/04.08.2022 έγγραφο διευκρινίσεων της αναθέτουσας (βλ. ψηφιακό αρχείο «*ΔΙΕΥΚΡΙΝΙΣΤΙΚΗ ΚΑΙ ΑΠΟΦΑΣΗ ΠΑΡΑΤΑΣΗΣ*» με ημερομηνία 04.08.2022), το οποίο δημοσιεύθηκε αυθημερόν στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, εναργώς αναφέρεται πως: «...*Στην παράγραφο 2.2.4 και 2.2.9.2.B.2 της διακήρυξης και συγκεκριμένα στο σημείο που αναφέρεται ότι «...Ειδικότερα, επί ποινή αποκλεισμού, οι οικονομικοί φορείς πρέπει να διαθέτουν άδειας λειτουργίας Ιδιωτικής Επιχείρησης Παροχής Υπηρεσιών Ασφαλείας εκδοθείσα από την Ελληνική Αστυνομία (ΕΛ.ΑΣ), σύμφωνα με το Ν. 2518/97 (ΦΕΚ Α' 164/21.8.97) «Προϋποθέσεις λειτουργίας ιδιωτικών επιχειρήσεων παροχής υπηρεσιών ασφαλείας. Προσόντα και υποχρεώσεις του προσωπικού αυτών και άλλες διατάξεις», όπως έχει τροποποιηθεί και ισχύει...» σημειώνεται ότι **εκ παραδρομής αναφέρθηκε η συγκεκριμένη Άδεια Λειτουργίας Ιδιωτικής Επιχείρησης Παροχής Υπηρεσιών Ασφαλείας, και δεν απαιτείται κανένα σχετικό έγγραφο, ούτε ως αποδεικτικό ούτε ως κριτήριο επιλογής, όπως έχει ήδη απαντηθεί σε αντίστοιχη διευκρινιστική επιστολή της εταιρείας μας μέσω της επικοινωνίας ΕΣΗΔΗΣ με κοινοποίηση προς όλους...***». Με το ίδιο ως άνω έγγραφο διευκρινίσεων δόθηκε παράταση στην καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών κατά επτά (7) ημέρες, ήτοι καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίσθηκε η 12η Αυγούστου 2022 και ώρα 12.00 μ.μ. Συνεπώς, η εξέταση των ισχυρισμών της προσφυγής κατά των επίμαχων όρων 2.2.4 και 2.2.9.2.B.2 της Διακήρυξης έχει καταστεί άνευ αντικειμένου, αφού το έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας δεν είναι ενεστώως ως μη υφιστάμενο κατά την εξέταση της υπό κρίση προσφυγής. Αναλυτικότερα, το έννομο συμφέρον πρέπει να είναι και ενεστώως, ήτοι η βλάβη που προκαλείται στον ενδιαφερόμενο να έχει ήδη επέλθει ή να είναι βέβαιο ότι θα επέλθει κατά το χρόνο άσκησης της προσφυγής (ΣτΕ 1442/97 ΔΔικ 1997/1136) και να

Αριθμός Απόφασης: 1416/2022

υφίσταται σωρευτικά τόσο κατά την έκδοση της προσβαλλόμενης, όσο και κατά την άσκηση της προσφυγής και την εξέταση αυτής (παρ. ενδεικτικά ΣΤΕ 956/95 ΔΔικ 1995/577, ΣΤΕ Ολομ. 280/96 ΔΔικ 1996/844, 2239/2003, Κωνσταντίνος Β. Χιώλος, «Το έννομο συμφέρον στην ακυρωτική δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας», ΔιοικΔ, 2010, τ. 4, σελ 846-7). Κατ' ακολουθία το πρώτο σκέλος του πρώτου λόγου της προσφυγής τυγχάνει απορριπτέο.

19. Επειδή η προσφεύγουσα με το δεύτερο σκέλος του πρώτου λόγου της προσφυγής βάλλει κατά των όρων 2.2.6.A, 2.2.9.2.B.4, 2.4.3.2.Δ της Διακήρυξης και του όρου Δ. του Παραρτήματος II της διακήρυξης (κριτήριο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας), καθώς κατά τους ισχυρισμούς της τίθενται κριτήρια επιλογής που παραβιάζουν το εθνικό και ενωσιακό δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων, καθιστώντας αδύνατη τη συμμετοχή της στον εν θέματι διαγωνισμό. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται πως το επίμαχο κριτήριο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας σύμφωνα με το οποίο απαιτείται οι οικονομικοί φορείς *«να έχουν εκτελέσει τουλάχιστον πέντε (5) συμβάσεις παροχής υπηρεσιών αντίστοιχων με το αντικείμενο της παρούσας, αθροιστικά ύψους μεγαλύτερο ή ίσο με το 100% του προϋπολογισμού της υπό ανάθεση σύμβασης χωρίς ΦΠΑ»* παραβιάζει την αρχή της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων προκρίνοντας κατά την εφαρμογή του οικονομικούς φορείς με αντικειμενικά υποδεέστερη εμπειρία σε σχέση με έτερους οικονομικούς φορείς. Ότι αυτό προκύπτει εκ της συνδυαστικής πρόβλεψης για την εμπειρία αφενός ο αριθμός των συμβάσεων να είναι τουλάχιστον πέντε (5) σε αριθμό την τελευταία τριετία, αφετέρου η αθροιστική αξία αυτών να είναι ίση ή μεγαλύτερη της αξίας της σύμβασης. Ότι η αιτούμενη εμπειρία για να είναι ανάλογη με αυτή της υπό προκήρυξη σύμβασης θα πρέπει να προσιδιάζει με αυτήν όχι μόνο ως προς το αντικείμενο, αλλά και ως προς τον προϋπολογισμό, και τούτο διότι ο τελευταίος προσδιορίζει το μέγεθος της σύμβασης και συνακόλουθα το μέγεθος των μέσων και των ικανοτήτων που θα πρέπει να διαθέτει ο υποψήφιος οικονομικός φορέας. Ότι υπό τη μορφή παραδείγματος, με το επίμαχο κριτήριο επιλογής ως έχει τεθεί, μπορεί να γίνει δεκτός ένας οικονομικός φορέας που την τελευταία τριετία έχει εκτελέσει πέντε (5) συμβάσεις αξίας 19.200 ευρώ έκαστη, ενώ αποκλείεται οικονομικός φορέας που έχει εκτελέσει την τελευταία τριετία μία σύμβασης αξίας 96.000

Αριθμός Απόφασης: 1416/2022

ευρώ ή πολλαπλάσιας ενδεχομένως αξίας από τον προϋπολογισμό της σύμβασης. Ότι το πληττόμενο κριτήριο στα ως άνω προσβαλλόμενα άρθρα της Διακήρυξης καθιστούν αδύνατη τη συμμετοχή της στον εν θέματι διαγωνισμό, δοθέντος ότι δεν διαθέτει τουλάχιστον πέντε (5) συμβάσεις, προϋπολογισθείσας αξίας αθροιστικά ίσης ή μεγαλύτερης της υπό προκήρυξη σύμβασης.

20. Επειδή στη Διακήρυξη ορίζεται: Στο **άρθρο 2.2.6** πως:« Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, λόγω του εξειδικευμένου χαρακτήρα των ζητούμενων υπηρεσιών, για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι φορείς, επί ποινή αποκλεισμού τους από το διαγωνισμό, απαιτείται: **A.** Να διαθέτουν αποδεδειγμένη εμπειρία, τεχνογνωσία και επαγγελματική ικανότητα σε έργα παροχής υπηρεσιών αντίστοιχου αντικείμενου και μεγέθους προϋπολογισμού, με τις υπό ανάθεση υπηρεσίες. **Προς τούτο, οι οικονομικοί φορείς κατά τη διάρκεια των τελευταίων τριών (3) ετών, απαιτείται να έχουν εκτελέσει τουλάχιστον πέντε (5) συμβάσεις παροχής υπηρεσιών αντίστοιχων με το αντικείμενο της παρούσας, αθροιστικά ύψους μεγαλύτερο ή ίσο με το 100% του προϋπολογισμού της υπό ανάθεση σύμβασης χωρίς ΦΠΑ.** Ο κατάλογος έργων θα ακολουθεί το υπόδειγμα του Πίνακα της περιπτώσεως B4, της Παραγράφου 2.2.9.2 της παρούσης. [...]». Περαιτέρω στο **άρθρο 2.2.9.2.B.4** ορίζεται πως: «B.4. Για την απόδειξη της καταλληλότητας της τεχνικής ικανότητας της παραγράφου 2.2.6 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν:Για το 2.2.6 A) : Πίνακα των κυριότερων ολοκληρωμένων έργων που εκτέλεσαν οι ίδιοι ή/και υπεργολάβοι τους ή στα οποία συμμετείχαν οι ίδιοι ή/και οι υπεργολάβοι τους κατά τα τελευταία τρία (3) έτη **από τις οποίες να προκύπτει ότι πληρούται η ελάχιστη προϋπόθεση της παρ. 2.2.6.**

Ο Πίνακας έργων πρέπει να συνταχθεί σύμφωνα με το ακόλουθο Υπόδειγμα:[...] όπου ως «ΣΤΟΙΧΕΙΟ ΤΕΚΜΗΡΙΩΣΗΣ» υποβάλλεται:

– Εάν ο Πελάτης είναι Δημόσιος Φορέας ως στοιχείο τεκμηρίωσης υποβάλλεται πιστοποιητικό ή πρωτόκολλο παραλαβής που συντάσσεται από την αρμόδια Δημόσια Αρχή και από το οποίο να προκύπτει σαφώς η κάλυψη των ανωτέρω προϋποθέσεων συμμετοχής.

– Εάν ο Πελάτης είναι ιδιώτης, ως στοιχείο τεκμηρίωσης υποβάλλεται Βεβαίωση Καλής Εκτέλεσης υπογεγραμμένη από τον ιδιώτη τον ίδιο ή όπως

Αριθμός Απόφασης: 1416/2022

εκπροσωπείται από τον Νόμιμο Εκπρόσωπό του ή κατάλληλα εξουσιοδοτημένο πρόσωπο, από την οποία να προκύπτει σαφώς η κάλυψη των ανωτέρω προϋποθέσεων συμμετοχής, και όχι η σχετική Σύμβαση Έργου. [...]». Περαιτέρω **στο άρθρο 2.4.3.2.Δ** ορίζεται πως: «Σε κάθε περίπτωση θα πρέπει να περιλαμβάνεται: [...] Δ. Λοιπά στοιχεία τεκμηρίωσης τεχνικής ικανότητας και επάρκειας. Ο φάκελος «ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ» θα περιέχει, επίσης, τα χαρακτηριστικά και τα στοιχεία εκείνα που διασφαλίζουν την ποιότητα των υπηρεσιών και **αποδεικνύουν την ειδική τεχνική ικανότητα του υποψηφίου που απαιτείται για το έργο όπως αυτές περιγράφονται στο πεδίο 2.2.6. [...]**». Στον όρο Δ. του Παραρτήματος II της Διακήρυξης ορίζεται πως: «Δ. Λοιπά στοιχεία τεκμηρίωσης τεχνικής ικανότητας και επάρκειας. Ο φάκελος «ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ» θα περιέχει, επίσης, τα χαρακτηριστικά και τα στοιχεία εκείνα που διασφαλίζουν την ποιότητα των υπηρεσιών και **αποδεικνύουν την ειδική τεχνική ικανότητα του υποψηφίου που απαιτείται για το έργο όπως αυτές περιγράφονται στο πεδίο 2.2.6.**».

21. Επειδή η αναθέτουσα ως προς το επίμαχο κριτήριο που απαιτείται δυνάμει των όρων 2.2.6.A, 2.2.9.2.B.4, 2.4.3.2.Δ της Διακήρυξης και του όρου Δ. του Παραρτήματος II της διακήρυξης επάγεται πως εναπόκειται στη διακριτική ευχέρεια των αναθετουσών αρχών να επιβάλλουν τις απαιτήσεις εκείνες, οι οποίες, κατά την κρίση τους διασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν την αναγκαία οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, καθώς και την αναγκαία τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, για την εκτέλεση της σύμβασης σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας, ανάλογα με το αντικείμενο της υπό ανάθεσης σύμβασης. Ότι η αναθέτουσα είναι ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακήρυξης ως προς το δημοπρατούμενο αντικείμενο. Ότι οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυνάμενων να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό, η δε σκοπιμότητα της θέσπισής τους απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να συμμετάσχει στο διαγωνισμό. Ότι τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής διαμορφώνονται με γνώμονα τις αρχές της αναλογικότητας και της χρήστης δημοσιονομικής διοίκησης στα πλαίσια του ελεύθερου και αποτελεσματικού ανταγωνισμού.

22. Επειδή αναφορικά με το δεύτερο σκέλος του πρώτου λόγου της προσφυγής ως προς τους όρους 2.2.6.A, 2.2.9.2.B.4, 2.4.3.2.Δ της

Αριθμός Απόφασης: 1416/2022

Διακήρυξης, καθώς και του όρου Δ. του Παραρτήματος II της Διακήρυξης λεκτέα είναι τα εξής: Κατά πάγια νομολογία, η αναθέτουσα αρχή είναι καταρχήν ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακήρυξης για την ανάθεση της σύμβασης καθορίζοντας τους όρους με βάση τις ανάγκες της ή δε θέσπιση, με την διακήρυξη, των όρων που η αναθέτουσα αρχή κρίνει πρόσφορους ή αναγκαίους για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στον διαγωνισμό ή καθιστά ουσιαδώς δυσχερή την συμμετοχή σ' αυτόν τινών διαγωνιζομένων, η δε σκοπιμότητα της θέσπισής τους εν γένει απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στον διαγωνισμό. Ελέγχονται, όμως, και στην περίπτωση αυτή, από της απόψεως της τηρήσεως της τήρησης του εγχώριου κι ενωσιακού δικαίου και περαιτέρω της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (βλ. ΣΤΕ. 9/2015 (ΑΣΦ), Ε.Α. 415/2014, 354/2014, 257/2010 κ.ά.). Περαιτέρω λόγοι με τους οποίους ο προτιθέμενος να μετάσχει στο διαγωνισμό επιχειρεί, υπό την μορφή της κατά τρόπο γενικό αμφισβητήσεως της νομιμότητας συγκεκριμένων όρων της διακηρύξεως, να προσδιορίσει, κατά τις δικές του δυνατότητες, και να καθορίσει, με βάση δικές του εκτιμήσεις, τα κριτήρια για την ανάδειξη του αναδόχου, είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 307/2007). Εν προκειμένω από τα στοιχεία του φακέλου προκύπτει πως η εκτιμώμενη αξία της επίδικης σύμβασης άνευ ΦΠΑ και δικαιώματος προαίρεσης ανέρχεται στο ποσό των 96.000 ευρώ πλέον δικαίωμα προαίρεσης εκτιμώμενης αξίας 48.000 ευρώ άνευ ΦΠΑ. Επίσης, αντικείμενο της σύμβασης είναι η παροχή υπηρεσιών στάθμευσης. Στην προκειμένη περίπτωση η απαίτηση της διακήρυξης για *«τουλάχιστον πέντε (5) συμβάσεις παροχής υπηρεσιών αντίστοιχων με το αντικείμενο της παρούσας, αθροιστικά ύψους μεγαλύτερο ή ίσο με το 100% του προϋπολογισμού της υπό ανάθεση σύμβασης χωρίς ΦΠΑ»* δεν είναι ανάλογη προς την έκταση και τις απαιτήσεις της συγκεκριμένης σύμβασης, αφού ο αριθμός πέντε σε συνδυασμό με το τουλάχιστον έχει ως αποτέλεσμα αδικαιολόγητα να γίνεται αποδεκτός ένας οικονομικός φορέας που για παράδειγμα την τελευταία τριετία έχει εκτελέσει πέντε (5) συμβάσεις αξίας 19.200 ευρώ έκαστη –που άρα έχει μικρότερη εμπειρία ως προς την έκταση του αντικειμένου-, ενώ αποκλείεται οικονομικός

Αριθμός Απόφασης: 1416/2022

φορέας που έχει εκτελέσει την τελευταία τριετία τρεις συμβάσεις αξίας 96.000 ευρώ, ο οποίος άρα έχει μεγαλύτερη εμπειρία ως προς την έκταση και το μέγεθος της σύμβασης. Με τον τρόπο, όμως, που εξειδικεύεται εν προκειμένω το κριτήριο επιλογής, προκρίνονται οικονομικοί φορείς που έχουν εκτελέσει κατά την τελευταία τριετία αντίστοιχες συμβάσεις ως προς το αντικείμενο μονάχα, εντούτοις πολύ μικρότερης αξίας, ως προς τον προϋπολογισμό, έκαστη από την αξία της υπό προκήρυξη σύμβασης. Επομένως με την πρόβλεψη του επίμαχου κριτηρίου «πέντε» δεν λαμβάνεται υπόψη εν τέλει η εμπειρία σε αντίστοιχη σύμβαση ως προς το μέγεθος αυτής, το οποίο είναι συνυφασμένο και με το ύψος της προϋπολογισθείσας αξίας, και η οποία συνακόλουθα καθορίζει το μέγεθος των μέσων και των ικανοτήτων που θα πρέπει να διαθέτει ο υποψήφιος οικονομικός φορέας. Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή ούτε στη διακήρυξη ούτε και με τις απόψεις της τεκμηριώνει την αναγκαιότητα της επιλογής των πέντε (5) συμβάσεων. Αντιθέτως, η αναθέτουσα αρχή αρκείται στην γενικόλογη αναφορά περί της λήψης υπόψη της αρχής της αναλογικότητας, του ελεύθερου ανταγωνισμού, της χρηστής δημοσιονομικής διοίκησης και της διακριτικής της ευχέρειας να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακήρυξης ως προς το δημοπρατούμενο αντικείμενο, χωρίς, ωστόσο, να αναφέρει και τεκμηριώνει συγκεκριμένους λόγους που επιτάσσουν τον αριθμό των πέντε (5) συμβάσεων. Επομένως, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας πρέπει να γίνουν εν μέρει δεκτοί ως προς το επίμαχο κριτήριο «πέντε» του πληττόμενου άρθρου και να ακυρωθεί το εν λόγω κριτήριο του άρθρου 2.2.6.A. Κατ'ακολουθία το οικείο σκέλος της προσφυγής πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτό.

23. Επειδή με το δεύτερο λόγο της προσφυγής της η προσφεύγουσα βάλλει κατά όρου στο Παράρτημα Ι, Μέρος Α, Α.2 της Διακήρυξης, όπου ορίζεται: «...*Επισημαίνεται πως η διατηρεί το δικαίωμα να ζητά από τον ανάδοχο την παροχή επιπλέον ατόμων ανά βάρδια, σε περίπτωση που διαπιστωθούν δυσλειτουργίες λόγω έλλειψης προσωπικού*». Διότι, όπως ισχυρίζεται, η επίμαχη αόριστη και ασαφής αναφορά περί δικαιώματος της αναθέτουσας αρχής να απαιτήσει την εργασία επιπλέον υπαλλήλων των προβλεπόμενων από τη διακήρυξη, χωρίς να προσδιορίζει τον ακριβή αριθμό αυτών, έστω κατά μέγιστο όριο, και σε ποια συγκεκριμένα βάρδια θα εργαστούν, έχει ως αποτέλεσμα να καθίσταται αδύνατη, άλλως δυσχερής η

Αριθμός Απόφασης: 1416/2022

κατάρτιση τόσο της τεχνικής όσο και της οικονομικής προσφοράς εκ μέρους της. Και τούτο διότι η απασχόληση περισσότερων των προβλεπόμενων καταρχάς από τη διακήρυξη υπαλλήλων έχει άμεσο αντίκτυπο στην κατάρτιση της προσφοράς της, και εν τέλει καθίσταται αυτή αδύνατη άλλως δυσχερής, αφού η απασχόληση επιπλέον υπαλλήλων και ανάλογα με τη βάρδια που αυτοί θα εργαστούν θα έχει ως αποτέλεσμα την ανάγκη αφενός για ανεύρεση και προσφορά περισσότερων ατόμων ως υπαλλήλων και αφετέρου την αύξηση αντιστοίχως του εκτιμωμένου κόστους, τα οποία επηρεάζουν ουσιώδως την κατάρτιση της τεχνικής και οικονομικής προσφοράς της αντίστοιχα.

24. Επειδή η αναθέτουσα με τις απόψεις της ως προς το δεύτερο λόγο της προσφυγής επάγεται ότι ο ανωτέρω όρος εμπίπτει στο δικαίωμα προαίρεσης, όπως αυτό περιγράφεται στον όρο 1.3.3 της Διακήρυξης, και ότι εμπίπτει στη διακριτική της ευχέρεια.

25. Επειδή αναφορικά με το δεύτερο λόγο της προσφυγής λεκτέα είναι τα εξής: Πρώτον ο όρος της Διακήρυξης 1.3.3 ορίζει: «Ο συνολικός προϋπολογισμός του Έργου για δώδεκα (12) μήνες, ανέρχεται στο ποσό των εκατόν δεκαεννέα χιλιάδων σαράντα ευρώ (119.040,00€), συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24% [προϋπολογισμός χωρίς ΦΠΑ: Ενενήντα έξι χιλιάδες ευρώ (96.000,00 €) - ΦΠΑ 24% : είκοσι τρεις χιλιάδες σαράντα ευρώ (23.040,00 €)]. Ο Ανώτατος Συνολικός Προϋπολογισμός (συμπεριλαμβανομένου του δικαιώματος προαίρεσης) ανέρχεται στο ποσό των εκατόν εβδομήντα οκτώ χιλιάδων πεντακοσίων εξήντα ευρώ, συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24% (προϋπολογισμός χωρίς ΦΠΑ: 144.000,00€ - ΦΠΑ 24%: 34.560,00€). Δικαίωμα Προαίρεσης: Η αναθέτουσα διατηρεί το δικαίωμα (option) προαίρεσης όπως μονομερώς παρατείνει τη διάρκεια της σύμβασης ή/και αναθέσει επιπλέον ώρες λειτουργίας με την προϋπόθεση ότι δεν θα έχει αναλωθεί ο ανωτέρω ανώτατος προϋπολογισμός». Από τη συνδυαστική αντιπαραβολή του όρου 1.3.3 και του Παραρτήματος Ι, Μέρος Α, Α.2 της Διακήρυξης, προκύπτει ότι η απασχόληση επιπλέον ατόμων ως υπαλλήλων από των οριζομένων στη Διακήρυξη, όπως προβλέπεται στο επίμαχο Παράρτημα, δεν προβλέπεται ως αντικείμενο του δικαιώματος προαίρεσης, αφού αυτό εξαντλείται διαζευκτικά είτε στην δυνατότητα χρονικής παράτασης της σύμβασης είτε σε προσθήκη επιπλέον ωρών λειτουργίας.

Αριθμός Απόφασης: 1416/2022

Δεύτερον ως προς την ασάφεια του όρου λεκτέα είναι τα εξής: Το άρθρο 53 παρ.1 ν. 4412/2016, ως ισχύει, ορίζει: « 1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών.». Περαιτέρω, η αρχή της ίσης μεταχείρισης προϋποθέτει ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, κατά τρόπον ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός και επί ίσοις όροις έλεγχος του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση.

Όμως αυτή η ασαφής και αόριστη διατύπωση περί δικαιώματος της αναθέτουσας αρχής να απαιτήσει την εργασία επιπλέον υπαλλήλων των προβλεπόμενων από τη διακήρυξη, χωρίς να προσδιορίζει τον αριθμό αυτών, έστω κατά μέγιστο όριο, και σε ποια βάρδια ενδέχεται να θα εργαστούν, έχει ως αποτέλεσμα να καθίσταται αδύνατη, άλλως δυσχερής η κατάρτιση τόσο της τεχνικής όσο και της οικονομικής προσφοράς των διαγωνιζόμενων, αφού εμποδίζει τους ευλόγως ενημερωμένους και επιδεικνύοντες τη συνήθη επιμέλεια διαγωνιζόμενους να κατανοήσουν το ακριβές περιεχόμενο των όρων και κανόνων της διαδικασίας και να τους ερμηνεύσουν με τον ίδιο τρόπο, κατά παράβαση των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, γενομένων δεκτών των ισχυρισμών της προσφεύγουσας. Έτι περαιτέρω από τη στιγμή που δεν υφίσταντο στη διακήρυξη τα προσδιοριστικά στοιχεία του επίμαχου όρου, αυτός χαρακτηρίζεται από αοριστία.–Με τον τρόπο αυτό όμως καθίσταται εξαιρετικά δυσχερής για τους διαγωνιζόμενους η προετοιμασία για την υποβολή ανταγωνιστικής προσφοράς. Ενόψει των εκτεθέντων στην παρούσα σκέψη η πρόβλεψη στο Παράρτημα Ι, Μέρος Α, Α.2 της Διακήρυξης, «...Επισημαίνεται πως η διατηρεί το δικαίωμα να ζητά από τον ανάδοχο την παροχή επιπλέον ατόμων ανά βάρδια, σε περίπτωση που διαπιστωθούν δυσλειτουργίες λόγω έλλειψης προσωπικού» πρέπει να ακυρωθεί κατ'αποδοχή του οικείου λόγου της προσφυγής.

26. Επειδή η προσφεύγουσα με τον τρίτο λόγο της προσφυγής επικαλείται αντίφαση των όρων 2.2.9.2 Β. 4 και του άρθρου 2.2.6 Β. 2 του Παραρτήματος Ι, Μέρος Α, Α.2 της Διακήρυξης, αφού στο μεν 2.2.9.2 Β.4 ορίζεται «- ότι διαθέτει έναν (1) Υπεύθυνο Έργου, κάτοχο πτυχίου ανώτερης ή ανώτατης εκπαίδευσης, με αποδεδειγμένη γνώση και επαγγελματική εμπειρία στην καθημερινή υποστήριξη λειτουργίας επιχειρήσεων που ασχολούνται με την παροχή υπηρεσιών σε κοινό. Για την απόδειξη της εμπειρίας απαιτείται να έχει συμμετοχή σε αντίστοιχα έργα παροχής υπηρεσιών υποστήριξης καθημερινής λειτουργίας για τουλάχιστον πέντε (5) έτη», ενώ στο επίμαχο 2.2.6 Β.2 ορίζεται «2. Ο Ανάδοχος θα δηλώνει στην Προσφορά του υπεύθυνα ότι διαθέτει έναν (1) Υπεύθυνο Έργου, κάτοχο πτυχίου ανώτερης ή ανώτατης εκπαίδευσης, με αποδεδειγμένη γνώση και επαγγελματική εμπειρία στην καθημερινή υποστήριξη λειτουργίας επιχειρήσεων που ασχολούνται με την παροχή υπηρεσιών σε κοινό. Για την απόδειξη της εμπειρίας απαιτείται να έχει συμμετοχή σε αντίστοιχα έργα παροχής υπηρεσιών υποστήριξης καθημερινής λειτουργίας για τουλάχιστον τρία (3) έτη», και στο Παραρτήματος Ι, Μέρος Α, Α.2 πως «Ο Υπεύθυνος Έργου οφείλει να είναι κάτοχος πτυχίου ανώτερης ή ανώτατης εκπαίδευσης, με αποδεδειγμένη γνώση και επαγγελματική εμπειρία στην καθημερινή υποστήριξη λειτουργίας επιχειρήσεων που ασχολούνται με την παροχή υπηρεσιών σε κοινό. Για την απόδειξη της εμπειρίας απαιτείται να έχει συμμετοχή σε αντίστοιχα έργα παροχής υπηρεσιών υποστήριξης καθημερινής λειτουργίας για τουλάχιστον τρία (3) έτη».

27. Επειδή αναφορικά με τον τρίτο λόγο της προσφυγής λεκτέα είναι τα εξής: Από τους πληττόμενους όρους προκύπτει πρόδηλη αντίφαση/ασάφεια εκ των ανωτέρω όρων της διακήρυξης, ως προς το ποια θα πρέπει να είναι η εμπειρία του υπεύθυνου του έργου και ειδικότερα εάν η συμμετοχή του σε αντίστοιχα έργα προσδιορίζεται χρονικά σε τουλάχιστον 3 ή 5 έτη. Η επίμαχη, δε, αντίφαση/ασάφεια των επίμαχων όρων της διακήρυξης καθιστά αδύνατη άλλως δυσχερή την συμμετοχή του διαγωνιζόμενου στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία, καθώς δεν δύναται να καταρτίσει παραδεκτή τεχνική και οικονομική προσφορά, ισχυομένων αναλογικώς περί ασάφειας όσων εκτέθηκαν στη σκέψη 25, και γενομένων δεκτών των ισχυρισμών της προσφεύγουσας. Κατόπιν τούτων πρέπει να γίνει δεκτός ο οικείος λόγος της

Αριθμός Απόφασης: 1416/2022

προσφυγής και να ακυρωθούν τα άρθρα 2.2.9.2 Β. 4 και του άρθρου 2.2.6 Β. 2, καθώς και η πληττόμενη πρόβλεψη στο Παράρτημα Ι, Μέρος Α, Α.2 της Διακήρυξης.

28. Επειδή τέλος, ενόψει των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων, σε περίπτωση ακύρωσης μίας ή περισσότερων διατάξεων της Διακήρυξης που ρυθμίζουν τις προϋποθέσεις παραδεκτού των προσφορών ή τα κριτήρια υπολογισμού της πλέον συμφέρουσας προσφοράς, όπως στην υπό κρίση Διακήρυξη, πρέπει να ακυρωθεί η Διακήρυξη στο σύνολό της (βλ. ΣτΕ 1135/2010, ΣτΕ ΕΑ 1089/2009, ΣτΕ 2951-52/2004, ΔΕΕ, Απόφαση της 4.12.2003, Υπόθεση C-448/2001, *ENVAG Wienstrom GmbH κ.λ.π.*, σκέψεις 92-95) ώστε να δοθεί η δυνατότητα σε οικονομικούς φορείς που δεν είχαν επιδείξει ενδιαφέρον εξαιτίας της αρχικής της μορφής, να υποβάλουν προσφορές για την ανάληψη του αντικείμενου της υπό ανάθεση σύμβασης. Συνεπώς, σύμφωνα με τα ως άνω προεκτεθέντα, η προσβαλλόμενη Διακήρυξη πρέπει να ακυρωθεί στο σύνολό της.

29. Επειδή σε συνέχεια της ανωτέρω σκέψης πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα κατ' άρθρο 363 του Ν. 4412/2016.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη Διακήρυξη κατά το σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου της προσφεύγουσας.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 9 Σεπτεμβρίου 2022 και εκδόθηκε στις 29 Σεπτεμβρίου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΑΘΗΝΑ ΜΠΟΥΖΙΟΥΡΗ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΕΥΑΓΓΕΛΙΑ ΠΕΤΡΟΥ